

St. Galler Gesellschaftsrechtstag

Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen

Zürich, 27. Mai 2014

u^b

b

**UNIVERSITÄT
BERN**

Kognition und Befugnisse der Handelsregisterämter bei Eintragungen von GV-Beschlüssen von AG

von

Peter V. Kunz

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (G.U.L.C., Washington D.C.)

Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung

Universität Bern

Geschäftsführender Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht (IWR)

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch

Inhalt

1. Vorbemerkungen
2. Kognition der HR
3. Beispiele
4. Schlussbemerkungen

Vorbemerkungen

a) Behörden im Wirtschaftsrecht

- Prinzip der *Privatautonomie* im WR...
... im «Widerspruch» zu Aufsicht? Stichwort: Registrierungen
- Auswahl:
(i) *FMR*: FINMA + UEK + SNB; (ii) *IGR*: IGE etc.
- Aufsicht im *Gesellschaftsrecht*:
(i) Gründung + (ii) Statutenänderungen + (iii) Auflösung etc.
- Behördenstruktur im *GR*:
(i) 28 HR (VS...) + (i) 1 EHRA in Bern

Vorbemerkungen

b) Spannungsfeld(er): Privatautonomie vs. ... (I/II)

- Gesellschaftsrecht wird dominiert...
... vom sog. Grundsatz der Privatautonomie (PVK, § 6 N 172 ff.)
- Ausnahmen:
(i) *zwingendes* Aktienrecht (z.B. OR 680 I) + (ii) «*Abzocker*»-Regulierung(en) etc.
- differenzierte «Autonomie»:
(i) ABV = uneingeschränkt (z.B. Haftungen, Nachschüsse); (ii) *Statuten* = *eingeschränkt*...

Vorbemerkungen

b) Spannungsfeld(er): ... vs. vorsorgende Rechtspflege (II/II)

➤ Prävention statt Reparation

Europa: «Zwei-Säulen-Modell» (USA: nachträgliche «Gerichtslösung»)

➤ Säule 1:

Notare bzw. öffentliche Urkundspersonen (v.a. «Übereilungsschutz»)

➤ Säule 2:

HR (sozusagen die «Solisten» im Orchester); Stichwort: Vorprüfungen bei *HR*...

Vorbemerkungen

c) Grundfragen zu HR

➤ Befugnisse:

Wie weit gehen Kompetenzen der HR?

➤ Vereinheitlichung:

Wie kann einheitliche Praxis der HR sichergestellt werden?

➤ Rechtsschutz:

Wie können sich Gesellschaften gegen HR wehren?

Kognition der HR

a) Rechtsgrundlagen (I/II)

Art. 940

VIII. Pflichten
des Register-
führers

1. Prüfungs-
pflicht

¹ Der Registerführer hat zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind.

² Bei der Eintragung juristischer Personen ist insbesondere zu prüfen, ob die Statuten keinen zwingenden Vorschriften widersprechen und den vom Gesetz verlangten Inhalt aufweisen.

Kognition der HR

a) Rechtsgrundlagen (II/II)

Art. 28 Prüfungspflicht des Handelsregisteramts

Bevor das Handelsregisteramt eine Eintragung vornimmt, muss es prüfen, ob die Voraussetzungen des Gesetzes und der Verordnung erfüllt sind. Insbesondere muss es prüfen, ob die Anmeldung und die Belege den vom Gesetz und der Verordnung verlangten Inhalt aufweisen und keinen zwingenden Vorschriften widersprechen.

Kognition der HR

b) Zweiteilung der Kognition

- sog. registerrechtliche Aspekte...
... werden uneingeschränkt geprüft

- Beispiele:
(i) *Zuständigkeit* + (ii) *Vollständigkeit* (nicht: Inhalt) der Unterlagen + (iii) *Eintragungsfähigkeit*

- sog. materiellrechtliche Aspekte...
... werden mit «*beschränkter Kognition*» geprüft

Kognition der HR

c) Zur «beschränkten Kognition» der HR

- OR 942 und HRegV 28 sehen...
... keine legislativen Schranken vor – aber: *Praxiseinschränkungen*..!
- Konzept:
(i) *keine «Legal Compliance»*, sondern (ii) *«Milchglas»-Kontrolle* reicht aus
- Realität:
weitverbreitete Kritik (v.a. von Praktikern) an «allmächtigen» HR...
- traditioneller Fokus der Kritik(er):
(i) *HR ZH* + (ii) *EHRA*; mit «gutem Image»: (iii) *HR ZG* + (iv) *HR BE*

d) Bundesgericht: BGE 132 III 672 Erw. 3.1.

[Das HR] hat nach ständiger Rechtsprechung auf die Einhaltung jener zwingenden Gesetzesbestimmungen zu achten, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutze Dritter aufgestellt sind, während die Betroffenen zur Durchsetzung von Vorschriften, die nachgiebigen Rechts sind oder nur private Interessen berühren, das Zivilgericht anzurufen haben. Da die Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein kann, ist die Eintragung nur dann abzulehnen, wenn sie offensichtlich und unzweideutig dem Recht widerspricht, nicht aber wenn sie auf einer ebenfalls vertretbaren Gesetzesauslegung beruht, deren Beurteilung dem Zivilgericht überlassen bleiben muss (...).

Kognition der HR

e) Kriterienkatalog

- 1. Kriterium: «zwingendes Recht»
z.B. keine Kognitionsbefugnis bei *dispositivem* (Gesellschafts-)Recht
- 2. Kriterium: «qualifiziert zwingendes Recht»
sc. *zwingendes Recht*, das im *öffentlichen Interesse* oder zum *Schutz von Dritten* erlassen wurde
- 3. Kriterium: «unité de doctrine»
d.h. Verstoss *so offensichtlich* und *so unzweideutig*, dass *keine andere Interpretation* möglich

Kognition der HR

f) Rechtspolitische Änderungen?

- Totalrevision der HRegV
bewusster Verzicht auf Hinweis o.Ä. zur Kognitionsformel
- aktuelle «grosse» Aktienrechtsrevision...
... ignoriert Thematik weiterhin
- Möglichkeiten de lege ferenda:
(i) Praxis *präzisieren* (PVK § 6 N 258) + (ii) ev. Kognition – und Verfahren (!) – «*ausbauen*»

Beispiele

a) Aktienrechtliche «Klassiker»

- zentraler «Aufhänger»: OR 680 I
Beispiele: (i) Gesellschafterhaftung + (ii) Nachschusspflichten für Aktionäre
- statutarisches *Austrittsrecht*
m.E. bei AG *zulässig* (PVK, § 4 N 98 ff., v.a. N 103 ff.), aber *umstritten*
- statutarische *Unterlassungspflichten*
z.B. Konkurrenzverbot, Geheimhaltungspflicht, Ausstandspflicht – m.E. *zulässig*

Beispiele

b) Ordnung zur «Abzockerei»

- Art. 95 Abs. 3 BV + VegüV (SR 221.331)
zudem: Praxismitteilung EHRA 3/13 vom 20. November 2013
- Beispiel: *Anzahl VR-Mandate «ausserhalb des Konzerns»* (also: lit. c)
Praxisrelevanz (z.B. CFO): Gelten *mehrere* Mandate in *einem anderen* Konzern als 1 Mandat?
- unklare Sicht der Praxis:
HR ZG v. HR ZH; EHRA als «Mediator»
- Fazit: es kann *so oder so interpretiert* werden...
... d.h. prinzipiell ist es kein «Kognitionsthema», sondern ein «Aktionärsthema»..!

Schlussbemerkungen

1. *Die angeblich «beschränkte Kognition» ist...*

... in der Wirtschaftsrealität *nicht ganz so «beschränkt»* wie das Konzept und das Bundesgericht dies vorsehen; *faktisch* ist ein Widerstand kaum jemals möglich, d.h. heikle *Machtballung bei HR*.

2. *Die Einheitlichkeit der Praxis sollte...*

... zwar durch das *EHRA* (mehr oder weniger) «sichergestellt» sein, doch zeigen sich immer wieder nicht zu unterschätzende Probleme in der Praxis; zudem sind Stellungnahmen des *EHRA* auch *nicht immer* über alle Zweifel erhaben, d.h. heikle *Machtballung beim EHRA*.

3. *Die bundesgerichtliche «Kognitionsformel» ...*

... *überzeugt* ohne weiteres, doch Papier ist geduldig; insbesondere *HR und EHRA* sollten diese vorgegebenen Einschränkungen in Zukunft *wieder ernst(er) nehmen*.

4. *Die Rechtspolitik müsste...*

... sich der Thematik annehmen, wenn auch heute noch *ergebnisoffen*; Präzisierungen erscheinen zwar sinnvoll, wohingegen ein *Paradigmenwechsel* (sc. Ausbau der Kognition) in jedem Fall von *neuen Verfahrensmöglichkeiten* begleitet werden müsste.

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit..!

Peter V. Kunz

Universität Bern
Institut für Wirtschaftsrecht
Schanzeneckstrasse 1
CH-3001 Bern
Tel.: 031 / 631 55 88

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch